

# LAS DIFERENTES BASES DE LEGITIMIDAD DE LOS PODERES JUDICIALES Y POLÍTICOS: LA APLICACIÓN AL CASO ITALIANO

## THE DIFFERENT LEGITIMACY FOUNDATIONS OF JUDICIAL AND POLITICAL POWERS: THE ITALIAN CASE

MATTEO ZATTONI  
Università di Bologna

Fecha de recepción: 21-1-15

Fecha de aceptación: 8-4-15

**Resumen:** *En las actuales democracias los poderes judiciales y político tienen fundamentos de legitimidad diversos según las respectivas funciones públicas. El primero, investido de una función de garantía, se basa en una nueva forma de "legitimación de imparcialidad y reflexividad", típica de las Cortes constitucionales; por el contrario, el poder político –dotado de funciones de gobierno– sigue fundándose en la tradicional "legitimación electoral-representativa", que no obstante sigue sujeta a la verificación de la legitimidad sustancial a la luz de los principios del Estado de derecho, codificados en la Constitución. Aplicando tales fundamentos al contexto italiano de las legislaturas XII, XIV y XVI, en la vertiente de la magistratura, se puede llegar a rebatir algunas tesis mayoritarias en el debate público: por un lado, la inferioridad en términos de legitimidad respecto al poder político y, por el otro, la presunta injerencia a la hora de sindicar la legitimidad política. En la vertiente de la política, analizando las actuaciones de los gobiernos de Berlusconi no conformes al ordenamiento jurídico (especialmente, las denominadas leyes ad personam), se plantea como hipótesis –sobre la base de la tipología weberiana– la existencia de un nuevo principio legitimador, diferente al Estado de derecho.*

**Abstract:** *In today's democracies judicial and political powers have different legitimacy foundations in connection with their respective public functions: the first, entrusted with a guarantee function, is characterized by a new form of "legitimacy based upon impartiality and reflexivity", as typical of constitutional Courts; by contrast, political power, endowed with government functions, remains based on the traditional "electoral-representative legitimacy", which,*

*however, is subject to a verification of substantial legitimacy in the light of the principles of the rule of law, as codified in the Constitution. By applying these foundations to the Italian context of the legislative periods (legislatures) XII, XIV and XVI, and considering the judiciary, one can reject certain majority theories proposed in the public debate, i.e., on the one hand, the theory of its lower degree of legitimacy in comparison to the political power, and, on the other hand, the theory of its alleged interference when questioning the political legitimacy. Considering politics, an analysis of the acts of Berlusconi's Government which fail to comply with certain key principles of the legal system (especially the so called *ad personam* laws) seems to bring into existence –in accordance with Weber codification– a new legitimizing principle other than the rule of law.*

**Palabras clave:** fundamentos de la legitimidad, Estado de Derecho, separación de poderes, magistratura italiana, gobierno Berlusconi.

**Keywords:** foundations of legitimacy, Rule of Law, separation of powers, Italian judiciary, Berlusconi government.

## 1. INTRODUCCIÓN

La cuestión de los fundamentos de la legitimidad del poder judicial y político ha sido objeto de numerosos estudios y reflexiones ya en el siglo XVIII, tras la primera formulación del principio de separación de poderes. Este principio, cuya autoría se atribuye tradicionalmente a Montesquieu (a pesar de la existencia de aportaciones previas<sup>1</sup>), nace de la necesidad de que “el poder detenga al poder”<sup>2</sup>; fórmula según la cual sólo la intervención de un poder podía detener las actividades de otro poder, evitando abusos de competencia que le confiere. Esto fue impulsado por la comprensión de que todo hombre dotado de poder tiende a abusar de él. El concepto tradicional

<sup>1</sup> Véase el trabajo fundamental de G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, A. Giuffrè, Milano, 1979-1984, 2 vols.

<sup>2</sup> C.-L. de Secondat, baron de La Brède et de MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, UTET, Torino, 1996, Tomo 1, libro XI, capítulo IV, p. 274 [edición original: *De l'esprit des loix*, chez Barrillot & fils, A Geneve, 1748]: “La libertad política no se encuentra más que en los gobiernos moderados. Aunque no siempre se da en los Estados moderados, solamente en ellos existe cuando no se abusa del poder; pero es una experiencia eterna, que todo hombre que tiene poder es llevado a abusar de él; llega hasta el punto en que encuentra límites. ¡Quién lo diría! La misma virtud necesita límites. Para que no sea posible abusar del poder es necesario que, gracias a la disposición de las cosas, el poder detenga al poder”; para una interpretación diferente, consulte R. GUASTINI, “Separazione dei poteri o divisione del potere?”, *Teoria politica*, 3, 1998, pp. 25-42, especialmente pp. 30-31.

de separación de poderes, que a continuación se separó en dos reglas, respectivamente, de la especialización de funciones y la independencia de los órganos<sup>3</sup>, es sólo una etapa en el proceso de elaboración teórica que se prolongó durante más de tres siglos, con el objetivo de minimizar los “poderes salvajes”<sup>4</sup>. Por tanto, la cuestión de las bases de la legitimidad, aparentemente teórica, en realidad tiene consecuencias graves en las relaciones dinámicas entre la política y el poder judicial, especialmente cuando intenta atribuir mayor importancia a uno que el otro, basando esta afirmación en sus diferentes bases de legitimidad que las sustentaría.

Una aplicación concreta de estas diferencias teóricas tuvo lugar en Italia, especialmente en las legislaturas XII, XIV y XVI: el largo debate que se ha desarrollado tras el conflicto de veinte años entre el poder judicial y la política ha involucrado tanto a especialistas (por un lado, los operadores y los teóricos de la ley y, por otro, los políticos) como al público en general. En cuanto a este último, sin embargo, en parte debido a la simplificación de los medios de comunicación, a menudo se atribuye más importancia a las implicaciones prácticas del conflicto que a los fundamentos teóricos que sustentan las diversas tesis contendientes. Con este artículo, se propone –en primer lugar– una breve, pero orgánica disposición de algunas contribuciones recientes sobre los *fundamentos de la legitimidad*, que dan cuenta de las nuevas formas de legitimidad en las democracias existentes. Posteriormente, estos fundamentos serán aplicados al contexto italiano de las legislaturas XII, XIV y XVI, argumentando analíticamente el apoyo a algunas tesis consideradas de minoría, y refutando otras, a veces acríticamente diseminadas en el debate público.

De esta manera se llegará –finalmente– a verificar la existencia o no de algunos fundamentos de la legitimidad en la dinámica concreta del poder durante las legislaturas antes mencionadas.

## 2. PREMISAS CONCEPTUALES

Para estructurar un análisis de las diferentes bases de legitimidad de la actividad judicial, por un lado, y de la actividad política, por otro lado, es

<sup>3</sup> Ver M. TROPER, “Attualità della separazione dei poteri”, in ID., *Per una teoria giuridica dello stato*, Guida, Napoli, 1998, pp. 216-217.

<sup>4</sup> Ver L. FERRAJOLI, “Garantismo e poteri selvaggi”, *Teoria politica*, núm. 3, 1998, pp. 11-24, especialmente p. 12.

necesario definir los términos en discusión. Para una delimitación preliminar del campo de investigación, se hará referencia, en primer lugar, a Michel Troper<sup>5</sup>, que considera las actividades judiciales de manera formal como las ejercidas por los jueces, con la exclusión de otros poderes del Estado, incluyendo, sin embargo, la actividad que llevan a cabo fuera de las controversias. En cuanto a la actividad política, Troper la define como “una actividad que, por un lado, tiene por objeto determinar –a través de normas generales o individuales (comandos)– la conducta o la situación de las personas distintas de las que la ejerzan y cuya fuente es, por otro lado, lo que se llamaría en términos legales una voluntad autónoma, que no está sujeta a las normas del derecho preexistentes, sino simplemente determinada por el conjunto de valores partidistas, morales, religiosos, etc., de su titular”<sup>6</sup>. A partir de ese concepto resulta evidente que el requisito de la actividad política no es la legalidad, sino la legitimidad.

Antes de proceder a la definición de estos dos términos, habría que introducir otra distinción interna a la noción de “poder político”, que, según Silvana Castignone<sup>7</sup>, puede ser útil dividir en tres entre: *ejercicio del poder*, *gobierno* y *régimen*. El “ejercicio del poder” es el conjunto de actos realizados por quienes detentan el poder; el “gobierno”, sin embargo, designa la masa o grupo de personas que realmente persiguen los objetivos del régimen; por último, el término “régimen” incluye todas las instituciones, las normas que regulan las relaciones políticas, así como los objetivos que guían la sociedad<sup>8</sup>. Por lo tanto, como ha señalado Castignone, a diferencia de los dos términos anteriores (“ejercicio del poder” y “gobierno”) “en el ámbito del régimen no parece que sea correcto plantear la cuestión de la legalidad, ya que es precisamente el régimen político el que es la base de la legalidad”<sup>9</sup>.

Hecha esta premisa conceptual inicial, podemos ahondar en la cuestión principal que se refiere a la definición de legitimidad<sup>10</sup> y, por lo tanto, a la

<sup>5</sup> Ver M. TROPER, “Funzione giurisdizionale o potere giudiziario?”, en ID., *Per una teoria giuridica dello stato*, cit., pp. 109-121.

<sup>6</sup> Ibid., pp. 112-113.

<sup>7</sup> Ver S. CASTIGNONE, *Introduzione alla filosofia del diritto*, Laterza, nueva edición ampliada, Roma Bari, 2009 [1998], p. 63.

<sup>8</sup> Ver L. LEVI, *Il problema della legittimità nel parlamento dell'Italia repubblicana*, Giappichelli, Torino, 1970, p. 11.

<sup>9</sup> S. CASTIGNONE, *Introduzione alla filosofia del diritto*, cit., p. 63.

<sup>10</sup> Para la reconstrucción de la definición de la legalidad y las teorías relacionadas, nos referiremos principalmente al enfoque teórico formulado por Silvana Castignone y gradualmente perfeccionado en sus obras: S. CASTIGNONE, “Legalità, legittimità, legittimazione.”,

distinción entre legalidad y legitimidad; la elección de una definición de este tipo es de particular importancia porque diferentes definiciones de legitimidad corresponden a diferentes teorías para verificar o no su existencia.

En primer lugar, tenemos que introducir una distinción inicial entre la legitimidad formal y la legitimidad sustancial: la primera, en las sociedades basadas en la investidura imperial o papal o en el principio dinástico, consistió en la legitimidad *ex parte tituli* (el título correcto podría consistir, por ejemplo, en el respeto a la costumbre o la pertenencia a una dinastía), y se resuelve hoy en el control de la legalidad, y más concretamente de la legalidad constitucional. Los problemas de definición se mantienen, sin embargo, sólo para la legitimidad sustancial, es decir, para determinar si el poder es justo respecto a los valores y los fines que persigue. En épocas más permeadas por la doctrina de la ley natural (y, por lo tanto, al menos hasta el siglo XVIII), la legalidad sustancial resultó en el “discurso sobre el buen gobierno”, que a su vez implicó la ética racionalista (o cognitivista), es decir, la idea de que era posible “conocer” los valores objetivos de la justicia y del buen gobierno. Tras la crisis de la ética racionalista, que trató de volver a configurar el concepto de legitimidad (sustancial) en una clave exenta de valores, siguiendo dos corrientes distintas: reduciendo por un lado, la legitimidad a *legalidad* y, en el otro, reduciéndola a *consenso*.

Para la primera corriente, nos referimos a Max Weber y a la reconocida clasificación de los tres tipos ideales (o puros) de legitimidad: tradicional, carismático, racional (o legal)<sup>11</sup>. De especial relevancia es el último tipo (racional o legal), donde se obedece al “ordenamiento impersonal” establecido legalmente; de hecho, en este tipo se basa el primer intento de reducir la legitimidad, para la cual el poder político sería aceptado como legítimo cuando

---

*Sociologia del diritto*, núm. 1, 1977, pp. 19-38; ID., “Legittimazione e potere. Elementi per una riflessione analitica”, en R. TREVES (ed), *Diritto e legittimazione*, Franco Angeli, Milano, 1985, pp. 15-20; y, finalmente, ID., *Introduzione alla filosofia del diritto*, cit., pp. 59-82.

<sup>11</sup> Ver M. WEBER, *Economía y sociedad*, Edizioni di Comunità, Torino, 1999, vol. I, p. 210 [ed. orig. *Wirtschaft und Gesellschaft*, Mohr, Tübingen, 1922]: “Existen tres tipos puros de dominación legítima. El fundamento primario de su legitimidad puede ser: 1. De carácter racional: que descansa en la creencia en la legalidad de ordenaciones estatuidas y de los derechos de mando de los llamados por esas ordenaciones a ejercer la autoridad (autoridad legal). 2. De carácter tradicional: que descansa en la creencia cotidiana en la santidad de las tradiciones que rigieron desde lejanos tiempos y en la legitimidad de los señalados por esa tradición para ejercer la autoridad (autoridad tradicional). 3. De carácter carismático: que descansa en la entrega extracotidiana a la santidad, heroísmo o ejemplaridad de una persona y a las ordenaciones por ella creadas o reveladas (llamada) (autoridad carismática)”.

es legal. Antes de definir los diferentes significados atribuidos al concepto de legalidad, cabe señalar que también la definición de Weber sobre la noción de legitimidad presenta una cierta inconsistencia. De acuerdo con Pier Paolo Giglioli, Weber “a veces parece referirse a las pretensiones de legitimidad por los titulares de dominio, otras veces a los principios de la última justificación de normas, a veces incluso a las creencias de los dominados”<sup>12</sup>. El término “legalidad” se ha interpretado principalmente con dos significados: el primero indica el cumplimiento de la ley, el sistema legal, mientras que el segundo, más ideológico, designa ese tipo específico de la ley que es el Estado de Derecho. En cuanto a la primera acepción, ya hemos visto cómo este concepto de legalidad no es aplicable al “régimen” (únicamente al “ejercicio del poder” y al “gobierno”), de la misma manera que no tendría sentido decir que una Constitución es legal o ilegal. Por lo tanto la reducción de la legitimidad con la legalidad (entendida en el primer sentido) es imposible en el régimen político y también es peligrosa porque termina legitimando cualquier poder de facto, absteniéndose de realizar la evaluación de los valores y propósitos. El segundo significado de la legalidad, ya no se entiende de una manera neutral como el cumplimiento de la ley, sino como “la presencia de ciertos actos jurídicos formales mínimos para limitar el poder arbitrario y garantizar una esfera de libertad individual”<sup>13</sup>, de acuerdo con la ideología liberal de la justicia. Así, no tiene sentido hablar de la reducción de la legitimidad con la legalidad (en el sentido del Estado de Derecho), porque en la segunda acepción la ley es en sí misma un principio de legitimidad que ha existido históricamente y que todavía existe. Además, incluso en este caso, la reducción implica un riesgo porque el significado descriptivo del término legalidad 2 (como Estado de Derecho) se convierte en el de legalidad 1 (conformidad con la ley), al tiempo que conserva la carga de evaluación positiva inherente a la noción de derecho como Estado de Derecho.

La segunda corriente, la que trata de reducir la legitimidad al consentimiento, ha encontrado –en cambio– terreno fértil en la ciencia política estadounidense y, más concretamente, en la denominada escuela “estructural-funcional”. El supuesto básico de esta escuela se puede por lo tanto declarar como sigue: tiene legitimidad cualquier gobierno o poder político que es capaz de obtener el consentimiento de todos, o al menos de la mayoría de la

---

<sup>12</sup> P.P. GIGLIOLI (ed.), *Invito allo studio della società*, Il Mulino, Bologna, 2005, pp. 150-151.

<sup>13</sup> S. CASTIGNONE, *Introduzione alla filosofia del diritto*, cit., p. 67.

población. De ello se desprende que la atención de estos estudiosos se ha centrado en las técnicas empíricas para la detección, en las que sería posible establecer la existencia del consentimiento. Bien conocidas y bien fundadas son las objeciones a la ambición estructural-funcional de un “funcionalismo absoluto”<sup>14</sup> y los reflejos que este enfoque lleva en el concepto de legitimidad. Las mismas objeciones, según Vincenzo Ferrari, pueden asimilarse también el funcionalismo estructural de Niklas Luhmann, quien, a pesar de su intención de romper tanto con el concepto weberiano de legitimidad como con el estructural-funcional, no llega a crear un *tertium genus*; de hecho, “los combina en una unidad no declarada, y sin embargo, incuestionable. Y la combinación, casi fatalmente, termina por adquirir los genes de la esencia axiológica”<sup>15</sup>. Limitándonos aquí a la formulación estructural-funcional, en primer lugar se puede ver cómo el consentimiento no es en sí mismo una garantía de legitimidad, si no se demuestra antes la autenticidad de su formación<sup>16</sup>; en otras palabras, es necesario asegurarse de que el consentimiento es el resultado de la libre convicción espontánea y no, como suele ser el caso, llevado por la propaganda. En segundo lugar, hay que destacar que el argumento subyacente a la legitimidad (“el gobierno legítimo es un gobierno creado por consentimiento”) produce una regresión infinita, porque el hecho de “el consentimiento” es equivalente, a su vez, a “ser considerado legítimo por los ciudadanos”<sup>17</sup>. En tercer y último lugar, como señalan muchos no cognitivistas<sup>18</sup>, un gobierno que plantea el consentimiento puede

<sup>14</sup> Ver V. FERRARI, “Brevi osservazioni su funzionalismo e legittimazione”, en R. TREVES (ed.), *Diritto e legittimazione*, cit., p. 40-45: Vincenzo Ferrari distingue el “funcionalismo relativo” de Robert K. Merton y de Vilhelm Aubert del “funcionalismo absoluto” de Talcott Parsons e Marion J. Levy, considerado inaplicable a un macro-sistema social. El primer tipo se considera más apropiado porque “resuelve el análisis funcional en el estudio de las correspondencias entre los objetivos perseguidos y los resultados obtenidos”. Ver también ID., “L’analisi funzionale in sociologia del diritto. Problemi terminologici e problemi metodologici”, *Sociologia del diritto*, 1, VII/1980, p. 60ss.

<sup>15</sup> V. FERRARI, “Brevi osservazioni su funzionalismo e legittimazione”, en R. TREVES (ed.), *Diritto e legittimazione*, cit., p. 48.

<sup>16</sup> Ver L. LEVI, *Il problema della legittimità nel Parlamento dell’Italia repubblicana*, Giappichelli, Torino, 1970, pp. 29ss.

<sup>17</sup> Ver R.M. HARE, “The Lawful Government”, en P. LASLETT y W.G. RUNCIMAN (ed.), *Philosophy, politics and society, Third Series*, Basil Blackwell, Oxford 1969, pp. 157-172, especialmente p. 167.

<sup>18</sup> Ver, entre otros, F.E. OPPENHEIM, *Etica e filosofia politica*, introducc. de U. Scarpelli, Il Mulino, Bologna 1971, pp. 165 y siguientes; y H. Kelsen, *La democrazia*, editado por Mauro Barberis, nueva ed., Il Mulino, Bologna, 2010.

ser igualmente ilegítimo (en el sentido de juicio de valor), ya que no todas las cosas generalmente aprobadas son por esto justas o moralmente buenas. Por lo tanto, para referirse a la situación real de la aceptación de la potencia (o consenso), como tal empíricamente detectable, es más correcto utilizar el término “locus”.

Además, después de haber rechazado ambos intentos de reducir la legitimidad (tanto a legalidad, como a consenso), queda todavía el problema de definir qué se entiende por legitimidad de una manera sustantiva. Por ahora podemos aceptar la definición genérica dada por Castignone, reservándonos el derecho de ponerla a prueba en el caso de los gobiernos de las legislaturas XII, XIV y XVI: “reconocer al poder como legítimo significa compartir y / o considerar como justos los fines que el quiere conseguir y la estructura social y institucional que quiere adoptar”<sup>19</sup>.

Sobre esta base podemos ahora abordar la distinción entre legalidad y legitimidad<sup>20</sup>, recurriendo a la distinción hecha por Sergio Cotta<sup>21</sup>. El filósofo florentino distingue entre la legalidad y la legitimidad con el siguiente argumento: “celle-ci exprime le principe de la conformité logico-formelle à la loi en vigueur; celle-là, au contraire, le principe de la correspondance existentielle d’idées entre les deux éléments essentiels du corps social (le pouvoir et les gouvernés) au sujet du ‘bien commun’. D’autre part, la légitimité, considérée dans le sens que je viens d’indiquer, se distingue aussi de la simple existence ou effectivité du pouvoir, qui peut être fondée sur la force, sur la capacité de domination et non sur le consentement”<sup>22</sup>. Esta distinción entre la legalidad, la legitimidad y la eficacia del poder puede ser aceptada, siempre que se destaque una vez más que el consentimiento no es el elemento fundamental de la legitimidad (en cambio, lo es de la legitimación). Por el contrario, como ha señalado agudamente Castignone, “estos pasos, aislados del contexto,

<sup>19</sup> S. CASTIGNONE, *Introduzione alla filosofia del diritto*, cit., p. 80.

<sup>20</sup> Para una discusión de esta distinción fundamental y, en particular, el complejo debate sobre el tema de la legitimidad, ver AA.VV., *L’idée de légitimité*, Presses Universitaires de France, Paris, 1967; y también R. TREVES (ed.), *Diritto e legittimazione*, cit.

<sup>21</sup> Ver S. COTTA, “Éléments d’une phénoménologie de la légitimité”, in AA.VV., *L’idée de légitimité*, Presses Universitaires de France, Paris, 1967, pp. 61-86.

<sup>22</sup> *Ibid.*, pp. 73-74: “Ésta expresa el principio de cumplimiento lógico-formal con la legislación vigente; aquella, por otro lado, expresa el principio de correspondencia existencial de ideas entre los dos elementos esenciales del cuerpo social (el poder y los gobernados) en el tema del bien común. Por otro lado, la legitimidad, considerada en el sentido que acabo de mencionar, también se distingue de la mera existencia o eficacia del poder, que puede estar basada en la fuerza, la capacidad de dominar y no en el consenso”.



pueden clasificar su autor entre los estructural-funcionalistas<sup>23</sup>, que por supuesto no se corresponde con su posición teórica real. Cotta, de hecho, insiste sobre la noción axiológica de legitimidad, que siempre implica una elección de valores, sugiriendo a este respecto la libertad de la persona humana (llamada “legitimidad existencial”) como el mejor criterio de legitimidad.

### 3. COMPARACIÓN DE LAS BASES DE LEGITIMIDAD

Acabadas las premisas conceptuales, ahora procedemos con la comparación del poder político y el poder judicial bajo el perfil específico de las respectivas bases de legitimidad<sup>24</sup>.

Comenzamos, pues, por el poder judicial. Palazzo detecta agudamente como en las democracias actuales, el concepto mismo de democracia ya no es unidimensional<sup>25</sup>, es decir, no se basa sólo en una “legitimidad electoral-representativa”, típica del poder político. Junto a ésta, de hecho, se está afirmando una “legitimación de imparcialidad y reflexividad”, que sustenta tanto a las autoridades independientes (en particular, sobre la legitimación de imparcialidad) y a los tribunales constitucionales (especialmente sobre la legitimación de reflexividad) y, de hecho, el poder judicial (en ambos componentes, la imparcialidad y la reflexividad). La ventaja inherente a la fundación de la legitimidad es que, mediante el equilibrio de los intereses y en referencia a un marco de ordenamiento estable, el poder judicial tiende a decisiones más comunitarias que el poder político. Al respecto, Palazzo llega a afirmar que “la legitimación de imparcialidad y reflexividad es aún más sólida que la electoral-representativa, ya que no procede de la ficción con-

<sup>23</sup> S. CASTIGNONE, *Introduzione alla filosofia del diritto*, cit., p. 77.

<sup>24</sup> Para la reconstrucción de las bases de legitimidad del poder judicial y el poder político, se hará referencia a la configuración teórica de Francesco Palazzo y Luigi Ferrajoli, como se señala en particular en F. PALAZZO, “Principi e realtà del rapporto tra giustizia e politica”, en AA.VV., *Criminalia 2009. Annuario di scienze penalistiche*, ETS, Pisa, 2010, pp. 23-56, y también L. FERRAJOLI, “Giurisdizione e consenso”, *Questione Giustizia*, núm. 4, 2009, pp. 9-22. Cabe señalar, también, que por debajo Palazzo y Ferrajoli se refieren a la “legitimación” en un sentido incorrecto o diferente de lo que nosotros identificamos y utilizamos, convirtiéndose esencialmente un sinónimo de “legitimidad”. En sentido estricto, legitimación se diferencia de legitimidad, ya que indica la situación actual de la aceptación del poder (o consentimiento), como tal empíricamente detectable, independientemente de cualquier juicio de valor (positivo o negativo) sobre la legalidad de la situación.

<sup>25</sup> Ver F. PALAZZO, “Principi e realtà del rapporto tra giustizia e politica”, en AA.VV., *Criminalia 2009*, cit., pp. 31-34.

vencional de que la mayoría puede decidir por todos”<sup>26</sup>. Los límites de la legitimación de imparcialidad y reflexividad son, sin embargo, principalmente de dos tipos: en primer lugar, la falta de transparencia de cómo los órganos en realidad llegan a tomar decisiones, límite que parece ser más valioso para las autoridades independientes, ya que no sólo los procedimientos de los tribunales ordinarios están regulados legislativamente en los códigos, sino que los jueces (tanto en los tribunales ordinarios, como en el Tribunal Constitucional) también tienen la obligación de justificar sus decisiones lógicamente. En segundo lugar, se debe incluir la dificultad de verificar la correspondencia real entre las decisiones adoptadas y las relativas bases de legitimidad; verificación afectada por el prestigio del órgano (por ejemplo, el poder judicial) en este particular período histórico. Precisamente debido a estas limitaciones, Palazzo insiste en la necesidad de que la nueva legitimación de imparcialidad y reflexividad no prevalezca de manera exclusiva, es decir, a expensas de la legitimidad electoral-representativa tradicional, sino que ambos tipos de legitimidad coexistan, equilibrando así sus desventajas.

Según Ferrajoli<sup>27</sup>, la diversidad de fuentes de legitimidad del poder judicial, en comparación con el poder político, se deriva de la diferente naturaleza de las funciones públicas. De hecho, sobre la base de la separación de poderes hay dos tipos de funciones: funciones de gobierno (*legis-latio* y “esfera de decidible”), características del poder político, y las funciones de garantía (*juris-dictio* y “esfera de lo indecidible”), encomendadas entre otros al poder judicial. Mientras las funciones del gobierno (ejecutiva, legislativas y las relativas funciones administrativas) tienen como fuentes de legitimidad la representación política y el consenso, no puede decirse lo mismo de las funciones de garantía y, en particular, para la subcategoría de las funciones de garantía que es la función judicial<sup>28</sup>. Siguiendo todavía a Ferrajoli, los dos fundamentos específicos de la legitimidad de la función judicial son: el carácter básicamente cognitivo de la jurisdicción y la función de garantizar los derechos de los ciudadanos y especialmente los derechos fundamentales.

---

<sup>26</sup> Ibid. p. 33.

<sup>27</sup> Ver L. FERRAJOLI, “Giurisdizione e consenso”, *Questione Giustizia*, cit., pp. 10-11.

<sup>28</sup> Según Ferrajoli, entre las funciones de garantía se cuentan no sólo la función judicial, sino también “las funciones administrativas de la garantía fundamental de los derechos de la libertad y los derechos sociales igualmente obligados por la ley”, en *ivi*, p. 11; ver ID., *Principia iuris: teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2007, tomo I, parte III, cap. XII, párr. 12.6, pp. 869-879 y tomo II, parte IV, cap. XIII, párr. 13.5, pp. 24-29; párr. 13.14, pp. 71-77 y cap. XVI, párr. 16.14, pp. 548-552.

El primero consiste en la determinación imparcial de la verdad, a través de una motivación basada en argumentos cognitivos de hecho y re-cognitivos de derecho. De esta manera, la jurisdicción se relaciona con la voluntad del pueblo, pero no con el consentimiento de la mayoría. Por un lado, está vinculada a la voluntad del pueblo, ya que garantiza la aplicación sustancial de la voluntad política, sancionada de manera general y abstracta por las leyes y disposiciones constitucionales sobre los derechos fundamentales. Por otra parte, la jurisdicción no es consensual o representativa, puesto que la averiguación de la verdad requiere equidad, imparcialidad e independencia, y no puede por tanto ser influenciada por ningún poder externo, ni siquiera el de la mayoría. En cuanto al segundo fundamento de legitimidad –a saber, la función de garantía– es la protección de los derechos del ciudadano y especialmente de los derechos fundamentales, que, debido a su *universalidad*, se hacen cumplir, incluso contra la opuesta voluntad del poder de la mayoría. Como destaca categóricamente Ferrajoli, “ninguna mayoría, aun siendo abrumadora, puede hacer legítima la condena de un inocente”<sup>29</sup>. La necesidad de una total independencia (externa e interna) de los jueces y los fiscales de los ministerios públicos es aún más evidente cuando la función de la garantía debe traducirse en el control sobre las ilegalidades cometidas por la política, como en el caso de las investigaciones sobre la corrupción de los líderes del poder político. En este sentido, se refiere a la naturaleza de “contrapoder” del poder judicial, que, como parte de la función judicial, también cumple la tarea de controlar el ejercicio ilegal de otros poderes. Por último, los dos fundamentos de la legitimidad se sintetizan en el *garantismo*, es decir en el estricto cumplimiento de las garantías y los procedimientos penales, independientemente del consentimiento de la mayoría, e incluso en conflicto con ella. De hecho, existe un vínculo entre la legitimidad de la jurisdicción, la independencia de la función y la eficacia de las garantías: en primer lugar, el aumento o la eficacia de las garantías causa un aumento de la legitimidad entendida como la confianza del público en la jurisdicción (es decir, en la justicia, la honestidad y la competencia de los tribunales); en segundo lugar, si bien es cierto que “no hay ninguna garantía de los derechos sin unos jueces independientes, también es cierto, por el contrario, que sólo la efectividad de estas funciones se aplica para acreditar el valor de su independencia ante los ojos de los ciudadanos”<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> L. FERRAJOLI, “Giurisdizione e consenso”, *Questione Giustizia*, cit., p. 15.

<sup>30</sup> Ibid. p. 17. Más ampliamente ID., *La democrazia attraverso i diritti: il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Laterza, Roma-Bari, 2013, y también ID.,

Ahora llegamos al poder político. Volvemos a empezar desde el concepto de legitimidad sustancial, según la definición de Castignone: “Reconocer al poder como legítimo significa compartir y / o considerar como justos los fines que él quiere conseguir y la estructura social y institucional que quiere adoptar”<sup>31</sup>. En primer lugar, hay que señalar que en los países occidentales modernos las elecciones de los objetivos y valores del régimen<sup>32</sup>, no están disponibles para la mayoría de gobierno<sup>33</sup>, sino que se refieren a las elecciones consagradas en las constituciones, especialmente en el ámbito de los derechos fundamentales. El constitucionalismo democrático incorpora las lecciones derivadas de las tragedias de los regímenes totalitarios, llegados al poder legalmente, introduciendo como un correctivo las nuevas constituciones rígidas: desde ese momento “ningún consenso de la mayoría, ni siquiera la unanimidad, de hecho, puede legitimar, en la democracia constitucional, las decisiones en conflicto con la Constitución”<sup>34</sup>. En este sentido, hablamos de una “esfera de lo indecible”<sup>35</sup>, que se refiere a los derechos fundamentales (que no se deben lesionar o que se deben satisfacer), cuya legitimidad es pre-política.

Con la protección del núcleo de los derechos fundamentales, también, nuestro constituyente ha decidido abrazar ese principio particular de legalidad, que es típica del estado “legal”, “legislativo” o “de derecho”; este principio es utilizado por algunos como el sentido mismo de la legalidad<sup>36</sup> (adicional al cumplimiento de la ley) y, por lo tanto, como un parámetro para

---

*Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, prefac. de N. Bobbio, Laterza, Roma-Bari, 2002 [1989].

<sup>31</sup> S. CASTIGNONE, *Introduzione alla filosofia del diritto*, cit., p. 80.

<sup>32</sup> Por el término “régimen” acogemos la definición de Castignone, ya dada anteriormente: es decir, “el conjunto de instituciones y normas que rigen las relaciones políticas (las llamadas ‘reglas del juego’) y para guiar la totalidad sociedad”, en *ivi*, p. 63.

<sup>33</sup> El término “gobierno” significa “el órgano o un conjunto de personas que desarrollan e implementan en la práctica los propósitos del sistema”, en *ibidem*.

<sup>34</sup> L. FERRAJOLI, “Giurisdizione e consenso”, *Questione Giustizia*, cit., p. 9.

<sup>35</sup> Ver ID., “Democrazia costituzionale e scienza giuridica”, *Diritto pubblico*, núm. 1, 2009, pp. 1 y siguientes; M. MORISI, “La legalità tra giurisdizione e sistema politico”, en R. MINNA y M. MORISI (ed.), *Giustizia come. Giurisdizione e sistema politico in Italia, Il Ponte*, 1998/2-3, num. especial, 17, 23; G. SILVESTRI, “Sovranità popolare e magistratura”, en L. CARLASSARE (ed.), *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladini: atti del Convegno di studio per celebrare la casa editrice CEDAM nel 1. centenario dalla fondazione, 1903-2003: Padova, 19-20-21 giugno 2003*, CEDAM, Padova, 2004; G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia: tre capitoli di giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2008, en particular p. 145.

<sup>36</sup> Ver S. CASTIGNONE, *Introduzione alla filosofia del diritto*, cit., pp. 65-70.

comprobar la legalidad o ilegalidad de un gobierno o de actos relacionados con el ejercicio del poder. Este no es el lugar para una discusión sobre el concepto de Estado de Derecho, una expresión de la ideología liberal, que ha recibido numerosas formulaciones<sup>37</sup>, gracias a la unión de diferentes elementos: desde el concepto alemán original de *Rechtsstaat* de Robert von Mohl a las contribuciones de Kant y Rousseau, por el iusnaturalismo y la Revolución Francesa, por el liberalismo y la *rule of law*. Para nuestros propósitos podemos aceptar aquí la definición más general de Norberto Bobbio, que por “estado de derecho” entiende “el imperio de la ley en lugar del imperio de los hombres (aunque la mayoría se compone de hombres), y en virtud del cual todo ciudadanos, y si acaso aún más los gobernantes, están sujetos a las leyes que tienen por objeto limitar su poder”<sup>38</sup>. Entre las limitaciones del estado de derecho existe, además del principio de legalidad y de los derechos humanos consagrados en las constituciones liberales, también el sistema de separación de poderes como garantía contra la arbitrariedad del poder absoluto<sup>39</sup>; apenas debemos recordar, sin embargo, cómo la relación real entre los poderes –lejos de ser estable– está sujeta tanto a la evolución de las dinámicas internas como a la dinámica externa y en particular a la creciente función de la Unión Europea<sup>40</sup>. De esta compleja red de requisitos legales y formales deriva la primera consecuencia que “en el Estado de Derecho, nadie, ni siquiera en el más alto grado del ordenamiento, es *legibus solutus* (libre de las

<sup>37</sup> Para un resumen de las definiciones, véase S. CASTIGNONE, *Introduzione alla filosofia del diritto*, cit., pp. 65-67. Ver, entre otros, C. SCHMITT, *Le categorie del “politico”: saggi di teoria politica*, editado por G. Miglio y P. Schiera, il Mulino, Bologna, 1972, en particular los ensayos “Legalità e legittimità”, pp. 210-244 y “Il problema della legalità”, pp. 279-297; así como G. FASSÒ, “Stato di Diritto e Stato di Giustizia”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, núm. 1, vol. XL, 1963, pp. 83-119; A. BARATTA, voz “Stato di diritto”, en A. NEGRI (ed.), *Enciclopedia Feltrinelli Fischer: Scienze Politiche I (Stato e Politica)*, Feltrinelli, Milano, 1970; y P. COSTA e D. ZOLO (ed.), *Lo Stato di diritto: storia, teoria, critica*, con la colaboración de E. Santoro, Feltrinelli, Milano, 2002.

<sup>38</sup> N. BOBBIO, *Contro i nuovi dispotismi: scritti sul berlusconismo*, Dedalo, Bari, 2008, p. 33. Más ampliamente ID., *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1970; ID., *Diritto e potere: saggi su Kelsen*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1992; y ID., *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 2005 [1984].

<sup>39</sup> Ver, entre otros, M. WALZER, “Liberalism and the Art of Separation”, *Political Theory. An International Journal of Political Philosophy*, núm. 12, 1984, pp. 315-337 (trad. it. “Il liberalismo come arte della separazione”, *Biblioteca della libertà*, núm. 21, 1986, pp. 11-30).

<sup>40</sup> Ver U. ZAMPETTI, “Evoluzione della legislazione e ruolo del Parlamento”, *Rassegna parlamentare*, año LIII, núm. 1, enero-marzo, 2011, pp. 47-65.

limitaciones de las leyes)”<sup>41</sup>. En este sentido, Bobbio sostiene que el Tribunal Constitucional representa la culminación del Estado de Derecho, puesto que puede revisar hasta las decisiones del Parlamento, si no se ajustan a los parámetros de la Constitución.

#### 4. UN CASO CONCRETO: LAS LEGISLATURAS XII, XIV Y XVI EN ITALIA

En vista de lo anterior, ahora estamos en condiciones de aplicar los fundamentos de la legitimidad al caso italiano, centrándonos en las legislaturas XII, XIV y XVI. La elección de este lapso de tiempo se debe a tres tipos de razones: en primer lugar, al hecho de que en el período considerado se produjo un conflicto entre el poder judicial y el poder político de una intensidad y una duración que no tienen precedentes en la historia de la República italiana; en segundo lugar, porque ha habido una constante producción de leyes *ad personam* de los gobiernos en el poder, que han planteado problemas de compatibilidad con los principios del Estado de Derecho; en tercer y último lugar, porque sobre el entonces Presidente del Consejo, cumbre del Poder Ejecutivo, hubo una concentración anormal de los medios de comunicación de masas, con el potencial de afectar la expresión del apoyo electoral.

Tras haber motivado la elección del período histórico, seguimos aplicando los fundamentos de la legitimidad, en primer lugar, al lado de la magistratura. De esa manera se puede replicar a dos objeciones hechas al trabajo de la justicia italiana y a menudo repetidas durante las legislaturas XII, XIV y XVI.

De acuerdo a la primera objeción, el poder judicial gozaría de una legitimidad menor que la del poder político por el método de reclutamiento de sus miembros: de hecho, ya que el acceso a la justicia es por concurso (y no por elección), el poder judicial carece de la “legitimidad electoral-representativa”. En realidad tal falta no es perjudicial en sí misma, ya que, como señaló Palazzo, la legitimidad electoral representativa ya no es la fuente preferida de legitimidad; por el contrario, como hemos visto, en las democracias actuales se está desarrollando un espacio para el crecimiento de la “legitimación de la imparcialidad y la reflexividad”. Se podría argumentar, además, que esta nueva forma de legitimidad es un *quid minus* de la legitimidad tradicional, basada en el poder de los números. A esta observación adicional se puede

---

<sup>41</sup> N. BOBBIO, *Contro i nuovi dispotismi*, cit., p. 33.

replicar que si los fundamentos de la legitimidad de la corte son el resultado de una convención, porque la verdad jurídica es cuestionable y la verdad de los hechos es probabilística, también la legitimación electoral-representativa “parte de un supuesto esencialmente ficticio y convencional, como la identificación de la mayoría con la voluntad general hipotética”<sup>42</sup>. Además, es, en este último caso, una convención ya “más o menos desacreditada por varias distorsiones y manipulaciones, y ya no fundada en la base cognitiva de la jurisdicción y otras funciones de garantía”<sup>43</sup>; en pocas palabras, la legitimidad representativa electoral no tiene una mayor dignidad. Por lo tanto, se puede concluir que es antihistórico –y por lo tanto inaceptable– acusar al poder judicial de mala legitimidad sólo porque carece del tipo tradicional de legitimidad electoral-representativa. Si esta crítica fuese tomada en serio, de hecho, significaría poner en duda la legitimidad de todos los órganos de garantía de nuestro país, establecidos en parte por las leyes ordinarias, y en parte incluso por la Constitución, con resultados grotescos. Además de la magistratura ordinaria, por ejemplo, en la acusación de falta de legitimidad acabarían siendo también incluidas a la Corte Constitucional, la autoridad garante de la competencia y del mercado (denominada *Antitrust* o Antimonopolio), o la Autoridad para la protección de los datos personales.

De acuerdo con la segunda objeción, expresada de diversas maneras, se argumenta que el poder judicial se habría erigido en “guardián de la legitimidad del sistema”, reduciendo de manera arbitraria la legitimidad en mera legalidad<sup>44</sup>. Así, el poder judicial habría adquirido la función de salvaguardar la *virtud política*<sup>45</sup>, dando prueba de “moralismo jurídico”; en esta operación ilícita, el poder judicial habría encontrado un valioso apoyo en una “veinteñal, oportunista, política flanqueante la Asociación Nacional de la Magistratura”<sup>46</sup> por el centroizquierda. Aún más explícito fue el ex primer ministro Berlusconi en el mensaje de vídeo publicado el 18 de septiembre

<sup>42</sup> F. PALAZZO, “Principi e realtà del rapporto tra giustizia e politica”, en AA.VV., *Criminalia* 2009, cit., pp. 32-33.

<sup>43</sup> L. FERRAJOLI, “Giurisdizione e consenso”, *Questione Giustizia*, cit., p. 17.

<sup>44</sup> Ver F. CAZZOLA y M. MORISI, *La mutua diffidenza: il reciproco controllo tra magistrati e politici nella prima Repubblica*, Feltrinelli, Milano, 1996, pp. 20-21.

<sup>45</sup> Ver A. PIZZORNO, *Il potere dei giudici: Stato democratico e controllo della virtù*, Laterza, Roma, 1998; y M. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica: considerazioni sul politico quale tipo d'autore*, Mucchi, Modena, 2014.

<sup>46</sup> A. PANEBIANCO, “Dal moralismo al riformismo”, *Corriere della Sera*, 3 agosto 2009, p. 1.

de 2013, cuando dijo: “esta magistratura, por el predominio adquirido por su sector, Magistratura Democrática, se convirtió de orden estatal, compuesto por funcionarios públicos no electos, en un poder del Estado, más bien en un contrapoder que limita el poder legislativo y el poder ejecutivo, y se le dio la misión de –es su declaración– lograr a través de los tribunales el socialismo”<sup>47</sup>. Omitiendo refutar la paternidad de esta última afirmación, vamos a centrarnos en los tres aspectos de esta acusación. En primer lugar, se le debe negar, en principio, la supuesta injerencia de la jurisdicción en la legalidad del régimen político (o de la economía): “la jurisdicción, de hecho, no interviene ya en los espacios legítimos de tales esferas, sino sólo en sus espacios ilegítimos, que se manifiestan precisamente en actos ilegales, o porque no válidos o porque ilícitos”<sup>48</sup>. Si entonces se desvanecen las formas de responsabilidad política y además la corrupción involucra a grandes sectores de la clase política y de la sociedad, es evidente que las actividades de control de la ley pueden tener un impacto significativo sobre la legitimidad global del sistema; esta es, sin embargo, una repercusión refleja más que directa, debida a la falta de sanciones internas por la política<sup>49</sup>. En segundo lugar, la acusación de “moralismo jurídico” es engañosa, ya que los delitos imputados a gran parte de la clase política en los últimos veinte años no tienen nada de moralista. De hecho, la magistratura no fue a criticar la conducta de la vida privada carente de relevancia jurídica, ni ha perseguido naderías o delitos de opinión, sino tenía que comprobar el cumplimiento de graves delitos contra la administración pública y la economía, como la corrupción, la concusión, el abuso de funciones o la evasión fiscal<sup>50</sup>. En tercer y último lugar, hay que rechazar la acusación vertida contra el poder judicial de haberse convertido en un “contrapoder” en comparación con el poder legislativo y el ejecutivo. Ya hemos visto cómo la tarea de examinar la legalidad del ejercicio

<sup>47</sup> Declaración reportada literalmente del mensaje vídeo de Berlusconi, lanzado el 18 de septiembre 2013, minutos 2’55” - 3’20”. El mensaje vídeo está disponible, entre otros, en el sitio web de *Il Fatto Quotidiano*, en: [www.ilfattoquotidiano.it/2013/09/18/videomessaggio-berlusconi-con-voi-decaduto-no-forza-italia-evitera-catastrofe/715852/](http://www.ilfattoquotidiano.it/2013/09/18/videomessaggio-berlusconi-con-voi-decaduto-no-forza-italia-evitera-catastrofe/715852/). Estos cargos son recurrentes en el discurso político del centro-derecha y de su líder; véase, entre otros: “Berlusconi: ‘Magistrati contropotere’. Per il premier una settimana decisiva”, *www.lastampa.it*, 3 de abril de 2011.

<sup>48</sup> L. FERRAJOLI, “Giurisdizione e consenso”, *Questione Giustizia*, cit., p. 16.

<sup>49</sup> Ver G. COLOMBO, “Dal giudice interprete del conflitto al giudice interprete della legge” en E. BRUTI LIBERATI, A. CERETTI, A. GIASANTI (ed.), *Governo dei giudici: la magistratura tra diritto e politica*, Feltrinelli, Milano, 1996, pp. 93-94.

<sup>50</sup> Ver F. PALAZZO, “Principi e realtà del rapporto tra giustizia e politica”, en AA.VV., *Criminalia* 2009, cit., p. 42.



de los otros poderes no cae fuera de la función judicial, sino que constituye uno de sus rasgos salientes por la función de garantía de los ciudadanos, que el poder judicial tiene que desempeñar y que, al mismo tiempo, legitima su independencia. Si la política quiere limitar la discrecionalidad del poder judicial, podrá hacerlo legítimamente dando más eficacia a las garantías y en particular al principio de obligatoriedad. De hecho, cuanto la ley se formule formule con mayor precisión y rigor, los jueces deberán atenerse más estrictamente a ella, en la base de su sometimiento a la ley (art. 101, párrafo 2 de la Constitución); de esta manera, la política puede conseguir un mayor respeto por la prerrogativa constitucional de la reserva de ley y, en última instancia, también por la separación de poderes<sup>51</sup>.

Llegamos ahora a la aplicación de los fundamentos de la legitimidad a los gobiernos de las legislaturas XII, XIV y XVI. No hay duda de que, en términos de legitimidad, entendida en el significado recto<sup>52</sup>, estos gobiernos han gozado de amplio consenso por parte de la población, especialmente en el momento de las elecciones: en 1994, la coalición del Polo de las Libertades obtuvo el 42.84 % de los votos, en 2001 49,56%, y luego se estabiliza en 2008 a 46,31% de los votos. En particular, el resultado de la Casa de las Libertades en las elecciones generales de 2001 fue el segundo mejor resultado de la historia republicana italiana tanto en términos de porcentaje (precisamente el 49.56%) como en términos de la cantidad de votos (18.398.246 votos), quedando sólo por detrás del resultado obtenido por la coalición de Prodi ("La Unión") en 2006. A pesar de eso, ya hemos visto cómo la legitimidad substancial no puede reducirse al mero juicio de facto de la comprobación del consentimiento, así como habría querido el funcionalismo absoluto. En primer lugar, de hecho, hay que verificar si el consentimiento es realmente el fruto de la libre convicción o ha sido manipulado por la propaganda. En segundo lugar, incluso si el consentimiento se expresa libremente, no es contradictorio "decir que un gobierno plantea el consentimiento y sin embargo es ilegítimo"<sup>53</sup>, basado en el principio de que no todas las cosas generalmente aprobadas son justas. De lo contrario, el riesgo sería acreditar como "legítimo" cualquier gobierno que plantea el consenso, incluso si fuera despótico.

<sup>51</sup> Ver L. FERRAJOLI, "Giurisdizione e consenso", *Questione Giustizia*, cit., p. 17.

<sup>52</sup> Legitimidad en el sentido propio se debe entender como la situación real de la aceptación del poder (o consentimiento), empíricamente detectable, ver S. CASTIGNONE, *Introduzione alla filosofia del diritto*, cit., pp. 76-79.

<sup>53</sup> Ibid., p. 76.

Dejando de lado la dificultad de verificar la autenticidad del consentimiento, nos atendremos aquí a verificar la legitimidad sustancial de los gobiernos de las legislaturas XII, XIV y XVI en la base del principio del Estado de Derecho. La cuestión más relevante es, por supuesto, la de las leyes *ad personam* o *contra personam*<sup>54</sup>. En principio, la mayoría de gobierno, ya que ha recibido su legitimidad a través del voto electoral otorgado por los ciudadanos, puede cambiar a su discreción los límites de la legalidad por medio de las leyes, siempre que no entren en conflicto con la Constitución. El problema se produce cuando las leyes aprobadas por la mayoría carecen de los requisitos de generalidad y abstracción, fundamentales en el Estado de Derecho, en particular para garantizar el principio de seguridad jurídica. La culminación del contraste es cuando la intervención legislativa tiene como objetivo cambiar la suerte del caso de un solo acusado (que es el presidente del ejecutivo y el representante de la coalición que tiene mayoría en el Parlamento), en una fase en la que no sólo los hechos considerados delictivos por los investigadores ya han ocurrido, sino también los procesos están ya en marcha y a menudo se encuentran en una etapa avanzada. Claramente, dentro del Estado de Derecho, un líder po-

---

<sup>54</sup> Entre otras disposiciones *ad personam*, podemos incluir: el Decreto Biondi de 13 de julio 1994 (aunque en vigor durante sólo siete días); la l. núm. 367 de 2001 sobre los exhortos internacionales; el d.l. núm. 61/2002 (reforma del derecho social); la l. núm. 248/2002 (ley Cirami sobre la sospecha razonable), la l. núm. 140/2003 ("laudo Schifani"), el d.l. núm. 352/2003 (así llamado Decreto de ahorro de la Red), la l. núm. 112/2004 (ley Gasparri), la l. núm. 251/2005 (ley *ex Cirielli*), la l. núm. 46/2006 (ley Pecorella), la l. núm. 124/2008 ("laudo Alfano") y la l. núm. 51/2010 sobre el impedimento legítimo. Por otro lado, como ejemplo significativo de leyes *contra personam* baste mencionar las tres leyes preparadas por el segundo gobierno Berlusconi para prorrogar hasta el agosto de 2005 en el cargo de procurador nacional antimafia a Pierluigi Vigna y excluir así a Gian Carlo Caselli de la competición por el liderazgo de la Dirección Nacional Antimafia (Dna). Se trata, en primer lugar, de la combinación de las disposiciones del artículo. 2, co. 10 del proyecto de ley S.1296-B de la legislatura XIV (la versión anterior de la Reforma Castelli, luego regresada a la Cámara por el Presidente de la República) con el arte. 2, co. 1, letra. h), núm. 17 de la Ley delegada por la Cortes núm. 150/2005 (denominada Reforma Castelli); en segundo lugar, del art. 2 del decreto-ley de 30 de diciembre 2004, núm. 314 (denominado decreto "mil prórrogas"); y, por último, la enmienda de Luigi Bobbio, senador de Alianza Nacional, a la Reforma Castelli, aprobada por el Parlamento al art. 2, co. 45, actuando en conjunción con el art. 2, co. 10, y más tarde declarada ilegal por la sentencia del Tribunal Constitucional no. 245/2007; ver, entre otros, L. FERRAJOLI, *Poteri selvaggi: la crisi della democrazia italiana*, Laterza, Roma-Bari, 2011; M. AINIS, *L'assedio: la Costituzione e i suoi nemici*, Milano, Longanesi, 2011; M. TRAVAGLIO, *Ad personam: 1994-2010, così destra e sinistra hanno privatizzato la democrazia*, Chiarelettere, Milano, 2010, pp. 265-271; y también "Bobbio (An) presenta l'"emendamento anti-Caselli", *Corriere della Sera*, 11 de marzo 2005, p. 10.

lítico no debe usar su legitimidad representativa electoral para cambiar la ley en relación con los procesos actuales que le afecten de manera directa: aunque si hay realmente un ensañamiento judicial, se defenderá *en el* proceso, y no *del* proceso, precisamente para disipar toda duda sobre su honestidad de la forma más rápida posible y así fortalecer aún más su legitimidad entre los ciudadanos. En la base de lo anterior se comparte la evaluación negativa de las leyes *ad y contra personam*: su promulgación es una conducta “inaceptable”<sup>55</sup>; si algo se niega decididamente todas las matices aunque incidentalmente absolutorias que transforman estas decisiones unilaterales en los intentos de “interpretar la necesidad del país, una necesidad política”<sup>56</sup>.

Específicamente en relación con el contenido de algunas leyes *ad personam*<sup>57</sup>, cabe señalar que el intento de la política de introducir inmunidades omnicomprendivas, incluso por medio de las leyes ordinarias, plantea problemas ya en su legitimidad teórica. Como afirma Palazzo, de hecho, la idea de “que el apoyo popular disfrutado por los representantes parlamentarios (y quizás aún más por el Presidente del Consejo de Ministros en la ambigüedad de la actual disciplina electoral italiana) cubra el poder político con una especie de intangibilidad del enjuiciamiento, si se entiende en este sentido extremadamente unilateral, es simplemente subversiva”<sup>58</sup>. La elección de nuestra Constitución de excluir un principio general de irresponsabilidad incondicional (incluso penal) por el poder político se confirma en la especialidad del sistema de inmunidad funcional. Volviendo, pues, a los crímenes extra-funcionales, un principio de enjuiciamiento general de todos los actores políticos se puede deducir tanto de la falta de legislación sobre las infracciones extra-funcionales del Presidente de la República, de los Ministros y del Presidente del Consejo, como de la presión popular para abolir la autorización para procesar a los parlamentarios en 1993. En la misma línea el presidente de la ANM, Sabelli, ha contestado a la defini-

<sup>55</sup> L. VIOLANTE, *Magistrati*, Einaudi, Torino, 2009, pp. 118-119.

<sup>56</sup> Ibidem. Violante, sin embargo, va más allá, moviéndose hacia un justificacionismo peligroso: “Sin duda, es un sistema que niega la mediación y el pluralismo; pero ¿si era la única respuesta formulada hasta el momento por una pregunta popular cansada de la ineficiencia del viejo sistema de partidos?”.

<sup>57</sup> Se hace referencia, en particular al Laudo Lodo Schifani y al Laudo Alfano, ver, entre otros, A. PUGIOTTO, “Sull’immunità delle ‘alte cariche’ una sentenza di ‘mezzi silenzi’”, *Diritto&Giustizia*, núm. 5, 2004, pp. 10-14; G. GIOSTRA, “Il crepuscolo dello Stato di diritto”, en AA.VV., *Criminalia* 2009, cit., pp. 113-126; y A. PACE, “‘Cinque pezzi facili’: l’incostituzionalità della legge Alfano”, *Questione giustizia*, núm. 4, 2008, pp. 7-18.

<sup>58</sup> F. PALAZZO, “Principi e realtà del rapporto tra giustizia e politica”, en AA.VV., *Criminalia* 2009, cit., p. 31.

ción del poder de la magistratura como un “régimen” dada por “il Cavaliere” durante el mitin del 4 de agosto de 2013<sup>59</sup>, diciendo que “es propio de los regímenes afirmar que el consenso popular cree áreas de intangibilidad”<sup>60</sup>. La afirmación de que hay áreas de impunidad política en el Estado debe ser rechazada porque transformaría la democracia constitucional en lo que puede llamarse un “absolutismo democrático”<sup>61</sup>, en el que la voluntad de la mayoría tiene prioridad sobre las constituciones.

## 5. CONCLUSIONES

A partir de lo anterior, proceden dos consideraciones sobre la función institucional y, por lo tanto, sobre la legitimidad de la magistratura. En primer lugar, la imagen revivida por Violante basándose en el filósofo del siglo XVI Francis Bacon, de que “los jueces deben ser leones, pero leones bajo el trono”<sup>62</sup>, es engañosa, y por lo tanto debe ser revisada. No es casualidad que la representación del poder político como un “trono” y los jueces como “leones” que lo custodiaban se ha desarrollado bajo la monarquía y más precisamente en la época isabelina: es, de hecho, una imagen no sólo pre-constitucional, sino incluso pre-republicana. Por el contrario, en nuestra Constitución, tanto el principio de la administración de la justicia “en el nombre de la nación” (art. 101, Párrafo 1 de la Constitución) como el principio de la indepen-

<sup>59</sup> Durante el mitin en Via del Plebiscito en Roma el 4 de agosto 2013, el Cavaliere dijo: “(...) la presencia de Silvio Berlusconi, del Pueblo de la Libertad, de Forza Italia es un baluarte contra el régimen, es el único baluarte que tenemos contra un régimen illiberal y justicialista. Y entonces no podemos aceptar que nos dicen que no podemos criticar a una sentencia, criticar a una magistratura que no es un poder del Estado –los poderes del Estados son los que derivan de las elecciones por los ciudadanos–, una magistratura que es un orden del Estado, compuesto por empleados del gobierno que han hecho una tarea sencilla al ganar un concurso y que ahora son libres, y más que libres, independientes, irresponsables, no son objeto de ningún tipo de control y someten a los otros poderes del Estado, el poder ejecutivo y el poder legislativo. Esta es una condición que se encuentra sólo en los regímenes”, ver “Berlusconi: ‘Il governo vada avanti’. L’ex premier attacca la magistratura: ‘È un regime’”. Pd: solita doppiezza”, *la Repubblica*, 5 de agosto 2013, p. 1 y siguientes.

<sup>60</sup> A. CUSTODERO, “Sabelli, Anm: ‘L’ex premier sproloquia, la magistratura non è un regime’”, *la Repubblica*, 5 de agosto 2013, p. 9.

<sup>61</sup> Ver J.L. TALMON, *Le origini della democrazia totalitaria*, nueva ed., Il Mulino, Bologna 2000 [1952]; A. BARBERA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo: lineamenti di filosofia del diritto costituzionale*, coordinados por A. Barbera y G. Zanetti, Laterza, Roma-Bari, 2012 [1996]; R. DWORKIN, *La democrazia possibile: principi per un nuovo dibattito politico*, Feltrinelli, Milano, 2007; y L. VIOLANTE, *Magistrati*, cit., p. 118.

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 3.

dencia judicial respecto “de cualquier otro poder” (art. 104, Párrafo 1 de la Constitución) atestiguan en contra del argumento que los tribunales deben garantizar el poder político. En realidad, su trabajo consiste en garantizar los derechos de los ciudadanos frente a los delitos cometidos por cualquier persona, incluso por el poder político, respetando el principio de la sujeción a la ley ex art. 101, Párrafo 2 de la Constitución. Por lo tanto, si se quiere volver a configurar la imagen, adaptándola a la Constitución, se debe poner en el trono al ciudadano que es el verdadero corazón de nuestra República democrática. Así, cabe distinguir –siempre metafóricamente– entre dos especies de animales que se encuentran en la base del trono: los leones y los linces. Los leones (los magistrados) están vinculados por las cadenas de la ley y permanecen cerca del trono en la defensa del ciudadano; los linces (los políticos) tienen una mayor libertad de movimiento, pero todavía tienen que volver al trono, e informar periódicamente sobre su actividad al ciudadano.

En segundo lugar, cabe plantear dudas acerca de los intentos de aumentar la legitimidad del poder judicial mediante la introducción de los magistrados electivos: tanto si la elección está reservada sólo a los fiscales o a los jueces, como en el caso que involucra a ambas categorías. Esta posición fue defendida entre los primeros en Italia por Carlo Guarnieri<sup>63</sup>, de inspiración explícita de la obra de Martin Shapiro<sup>64</sup>. Guarnieri ha analizado los efectos de la naturaleza política de la actividad judicial en todo el sistema judicial: en primer lugar, las sospechas de parcialidad e intereses externos que las partes puedan tener contra el juez; en segundo lugar, como consecuencia del primer efecto, la disminución del consentimiento (*rectius*, la confianza) de las partes; por último, frente a la actividad creadora del juez (discrecionalidad que se traduciría en actividad legislativa), esto podría significar una disminución en la previsibilidad de las decisiones. Para legitimar la politización inherente a la actividad judicial, además de tías para reducir el nivel de la misma naturaleza política, Guarnieri plantea la hipótesis de “legitimar democráticamente al juez por lo que es directamente responsable ante la comunidad”<sup>65</sup>, como sucede en los países anglosajones, y especialmente en los Estados Unidos. En esencia, se trata de seguir el camino de la elección popular directa, como es el caso de los jueces en muchos estados norteamericanos, o el camino de la designación de parte de los órganos electos (como

<sup>63</sup> Ver C. GUARNIERI, *L'indipendenza della magistratura*, CEDAM, Padova, 1981, pp. 53-67.

<sup>64</sup> Ver principalmente M. SHAPIRO, *Law and politics in the Supreme court: new approaches to political jurisprudence*, The Free press, Londres, 1964; ver también ID., *The Supreme court and administrative agencies*, The Free press: New York, Collier-Macmillan: Londres, 1968.

<sup>65</sup> C. GUARNIERI, *L'indipendenza della magistratura*, cit., p. 57.

el Presidente y el Senado), como en el caso de los tribunales estadounidenses a nivel federal. Como primera excepción, hay que señalar que elegir los jueces es un principio no sólo ajeno al sistema de nuestra Constitución, sino en general a la cultura jurídica de los países europeos de *civil law*, fuertemente influenciados por el “modelo burocrático francés”. Por lo tanto, la introducción de este principio en Italia podría causar una reversión cultural, lo que obligaría a reescribir otras partes de la Constitución en función de contrapeso a la nueva potencia del poder judicial, que sería dotado de legitimación electoral-representativa y, por lo tanto, sería potencialmente más propensos expandirse. Pero también hay una segunda objeción, menos inmediata, que surge de la reflexión sobre la compatibilidad con las fuentes actuales de legitimidad de la magistratura. Como ha destacado Ferrajoli<sup>66</sup>, el carácter electivo de los jueces entraría en conflicto con la primera de las dos fuentes de legitimidad de la función jurisdiccional, es decir, el carácter cognitivo de la jurisdicción. La imparcialidad, la tercieidad y la independencia necesaria por los jueces en la determinación de la verdad parecen, de hecho, tan irreconciliables con su elección popular directa, como *-a fortiori-* con su nombramiento por parte de cualquier órgano político.

En cuanto al lado de la legitimidad del poder político, tenemos que preguntarnos primero una cuestión teórica: ¿cuántos actos no conformes con el ordenamiento jurídico existente puede cumplir un gobierno en el ejercicio del poder, antes de perder su legitimidad no sólo del lado formal (en el sentido de conformidad a la Constitución), sino también en cuanto a su legalidad substancial, es decir, como una opción para el Estado de Derecho?

A este propósito, es útil incluir un resumen de las acciones más controvertidas que han tenido lugar en los últimos veinte años. En primer lugar, durante las legislaturas XII, XIV y XVI se promulgaron numerosas leyes *ad personam* y *contra personam* (en parte todavía en vigor), careciendo de los requisitos de generalidad y abstracción, que en muchos casos han beneficiado directamente a algunos políticos; en segundo lugar, se propusieron reformas regresivas sobre el ordenamiento judicial, que habrían llevado al poder judicial en una condición previa a la aprobación de la Constitución en materia de garantías (en particular para la independencia externa), violando el principio de separación de poderes; en tercer lugar, tanto con la promulgación de algunas leyes (por ejemplo, la Ley núm. 367 de 2001 sobre las comisiones rogatorias internacionales y el Decreto Legislativo núm. 61/2002 que despenalizó la falsedad en documentos contables), como con la falta de emisión de la ley contra la corrupción (responsabilidad compartida

---

<sup>66</sup> Ver L. FERRAJOLI, “Giurisdizione e consenso”, *Questione Giustizia*, cit., p. 13.

con el centro-izquierda) los ejecutivos no han puesto a la magistratura en las condiciones objetivas para enjuiciar los actos de corrupción cometidos en particular por los funcionarios públicos, postergando más allá de toda sensatez la aplicación del Convenio Civil sobre la Corrupción de Estrasburgo del 4 de noviembre 1999. Por lo tanto, se puede poner por el gobierno una cuestión de legitimidad sustancial, si se identifica en los principios del Estado de Derecho; sin embargo, no se puede decir lo mismo para el régimen. Siguiendo Castignone, en efecto, sabemos que “el ejercicio ilegal del poder se refleja a nivel del régimen sólo en el extremo caso en el que el mismo régimen ha perdido por completo cualquier capacidad de reacción, es decir, en la práctica, está a punto de ser reemplazado con otro régimen basado en un principio diferente de legitimidad”<sup>67</sup>. Durante el período mencionado, sin embargo, hubo estas reacciones por parte del régimen –aunque débiles y, a menudo, *in extremis*– que han impedido de hecho el cambio completo de las “reglas del juego” político, gracias a la intervención, que apareció a menudo aislada, de órganos como el Presidente de la República y, sobre todo, el Tribunal Constitucional.

El resultado, por lo tanto, es una segunda cuestión: es decir, uno puede preguntarse si durante las legislaturas XII, XIV y XVI, se estaba preparando un nuevo principio legitimador basado en valores diferentes o incluso en conflicto con el Estado de Derecho, tanto en el ámbito de la cultura de masas como, sobre todo, a nivel de algunos centros de poder. Como señala Calise en las conclusiones en parte modificadas de su exitoso libro *Il partito personale*<sup>68</sup>, los asuntos políticos italianos (o, en general, occidentales) sugieren que se ha agrietado la versión de Weber, simplificada por los Estados Unidos y después relanzada por Europa, que coloca en el centro del mundo contemporáneo la racionalidad burocrática, dando casi por sentada la amplia legitimación del poder legal-racional entre la población. Este trauma –en primer lugar epistemológico y cultural– ha obligado a Occidente a una lectura más cuidadosa de las tesis del sociólogo alemán; así, parecía que “la tipología de Weber, más que a un modelo evolucionista, se presta para dar cuenta de las muchas resistencias y continuidades que otras formas de poder presenten en la realidad cotidiana”<sup>69</sup>.

<sup>67</sup> S. CASTIGNONE, *Introduzione alla filosofia del diritto*, cit., p. 69.

<sup>68</sup> Ver M. CALISE, *Il partito personale: i due corpi del leader*, nueva ed. ampliada, Laterza, Roma-Bari, 2010 [2000], pp. 149-155; L. FERRAJOLI, *Principia iuris: teoria del diritto e della democrazia*, cit., tomo II, parte IV; M. CILIBERTO, *La democrazia dispotica*, Laterza, Roma-Bari, 2011; M. PROSPERO, *Il partito politico: teorie e modelli*, Carocci, Roma, 2012; M. REVELLI, *Finale di partito*, Einaudi, Torino, 2013.

<sup>69</sup> Ibid., p. 152.

Por otra parte, el autor de *Economía y Sociedad* había explícitamente advertido a la posteridad de la tentación de considerar el poder tradicional y el poder carismático como formas históricamente superadas y neutralizadas por la fusión en la impersonalidad del comando de la racionalidad burocrática. Según Weber, en realidad, “el poder carismático simplemente no existe en las primeras etapas de desarrollo; y por lo tanto los tres tipos básicos de la estructura de poder no pueden ser colocados uno detrás del otro en una línea de desarrollo, sino que tienen lugar combinados entre sí de varias maneras”<sup>70</sup>. Este parece ser el caso de las legislaturas XII, XIV y XVI, en las que las estructuras del estado de derecho coexistieron con algunos rasgos del poder carismático.<sup>71</sup>

A veces se puede ver un alto nivel de confrontación entre el dominio carismático y las estructuras, aunque debilitadas y poco reactivas, del Estado de Derecho en el que se desarrolló. La razón, como explica Weber, es que el poder carismático en su forma genuina es estructuralmente opuesto tanto al poder tradicional, puesto que su carácter “extraordinario” representa siempre una discontinuidad o una novedad con respecto al pasado, como al poder racional, ya que es un poder específicamente irracional y fideísta. Sin embargo, la verdadera relación problemática se produce con el poder legal-racional, ya que “el carisma sólo conoce determinaciones internas y límites extraídos de sí mismo”<sup>72</sup>, y es por lo tanto intolerante a los principios y normas abstractas, así como a la producción “racional” del derecho. Por lo tanto, hay una tensión constante entre el poder carismático del demagogo oligárquico, que presiona a través de la exasperación de la democracia plebiscitaria<sup>73</sup> hacia formas distintamente autoritarias, y el modelo racional-legal

<sup>70</sup> M. WEBER, *Economia e società*, cit., tomo IV, p. 242.

<sup>71</sup> Entre las características del poder carismático que se pueden encontrar en las legislaturas mencionadas, hay, por ejemplo, el reconocimiento de los dominados, el don de la gracia (tanto de origen divino como en términos de superioridad secular), así como la esencia de el partido como una comunidad de carácter emocional.

<sup>72</sup> Ibid., p. 219.

<sup>73</sup> Por “democracia plebiscitaria”, Weber entiende “una especie de dominación carismática que se oculta bajo la forma de una legitimidad derivada de la voluntad de los dominados y que sólo persiste en virtud de ella. El líder (demagogo) domina efectivamente en virtud de la independencia y de la confianza de sus partidarios políticos con respecto a su persona en tanto tal –en primer lugar los que se identifican como sus seguidores y luego, en caso de que le den el poder, el grupo social”, en *ivi*, tomo I, p. 265. Cabe señalar, también, que Weber pone al poder plebiscitario entre los tipos de transición del carisma en dirección extra-autoritaria, indicando como su tipo principal la “partitocracia” del estado moderno, ver *ivi*, p. 264. Para una reanudación más reciente del tema, ver N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, cit.; G. ZAGREBELSKY, *Contro la dittatura del presente: perché è necessario un discorso sui fini*, Laterza, Roma-Bari, 2014; y N. URBINATI, *Democrazia sfigurata: il popolo fra opinione e verità*, Università Bocconi, Milano, 2014.



del Estado de Derecho. Un cierto porcentaje de demagogia es inherente al proceso de democratización, puesto que “las masas ya no pueden ser tratadas como un objeto puramente pasivo de administración”<sup>74</sup>, sino que tienen que ser convencidas por medios demagógicos, lo que obliga a la democracia de masas a hacer grandes concesiones al principio cesarista de selección de líderes; al mismo tiempo, sin embargo, el mayor peligro de la democracia de masas para el Estado consiste precisamente “en la posibilidad de una fuerte preponderancia de elementos emocionales en la política”<sup>75</sup>. Debido a la prevalencia temporal de este tipo de elementos emocionales, el modelo racional-legal del Estado de Derecho puede ser debilitado tanto en términos de producción *legislativa*, como a nivel *cultural* y, por último, en el plano *institucional*. En lo que respecta en particular al primero de estos planes, ya hemos analizado el *vulnus* creado por la legislación *sibi et suis*, sobre todo cuando las leyes *ad personam* han intervenido sobre la configuración de las disposiciones constitucionales (por ejemplo, relativas a la inmunidad).

Por tanto, debemos preguntar lo que ha impedido al poder carismático de convertirse en permanente sentido autoritario durante las legislaturas XII, XIV y XVI. Según Weber, en una democracia de masas habría dos obstáculos importantes para una expansión incontrolada de la forma cesarística: por un lado, la organización de los partidos y, por otro lado, la existencia del Parlamento. La organización sólida de los partidos, de hecho, “todavía ofrece una fuerte garantía de que estos hombres de confianza de las masas se someten a estrictas reformas legales de la vida del Estado, y que no son elegidos de manera puramente emocional, es decir que se basa únicamente en calidades ‘demagógicas’ –en el sentido peyorativo de la palabra”<sup>76</sup>. En cuanto al segundo freno, Weber se refiere al ejemplo del primer ministro británico durante la guerra, para afirmar que el Parlamento “garante en Inglaterra la estabilidad y el control de su posición de poder, el mantenimiento de las garantías legales civiles frente a él, una forma ordenada de prueba política de los políticos que trabajan para lograr la confianza de las masas, en el contexto de la labor parlamentaria, y por último una forma pacífica de eliminación del dictador cesarista, cuando perdió la confianza de las masas”<sup>77</sup>. Pero ¿cuáles son los frenos al cesarismo donde, como en la Italia contemporánea, existe una grave crisis de los partidos políticos y el Parlamento es una institución débil y poco eficiente, que

<sup>74</sup> M. WEBER, *Economia e società*, cit., tomo IV, p. 544.

<sup>75</sup> Ibid., p. 554. Ver M. PROSPERO, *La costituzione tra populismo e leaderismo*, Angeli, Milano, 2007; y N. TRANFAGLIA, *Populismo: un carattere originale nella storia d'Italia*, Castelvechi, Roma, 2014.

<sup>76</sup> Ibid., pp. 553-554.

<sup>77</sup> Ibid., p. 546.

no goza de la confianza de la opinión pública? En Italia, dado el nivel patológico de asociacionismo y la corrupción de la clase política<sup>78</sup> (tanto en los partidos como entre los elegidos para el Parlamento), la delicada función de garantizar el equilibrio institucional se ha delegado casi en su totalidad en dos órganos constitucionales: el Jefe de Estado y, sobre todo, la Corte Constitucional. Se puede concluir, por tanto, que el principal obstáculo para la transformación del poder carismático de una manera más autoritaria notablemente durante las legislaturas XII, XIV y XVI consistió en la presencia de una constitución rígida y de los órganos constitucionales que ella prevé (el Jefe del Estado y la Corte Constitucional), colocado en el contexto político más amplio de la Unión Europea<sup>79</sup>, más fuerte desde la firma del Tratado de Maastricht en 1992.

MATTEO ZATTONI  
CIRSFID

Università di Bologna  
Via Galliera, 3  
40121 Bologna (Italia)  
matteo.zattoni@unibo.it

<sup>78</sup> Además del estudio clásico de E.C. BANFIELD, *Le basi morali di una società arretrata*, il Mulino, Bologna, 2012 [ed. orig. *The Moral Basis of a Backward Society*, The Free Press, Glencoe, Ill., 1958], véase D. DELLA PORTA, *Lo scambio occulto: casi di corruzione politica in Italia*, il Mulino, Bologna, 1992; D. PIERCAMILLO, M. GRAZIA, *La corruzione in Italia: percezione sociale e controllo penale*, prefacio di V. Grevi, Laterza, Roma, 2008; D. PIERCAMILLO [et al.], *Corruzione e illegalità nella pubblica amministrazione: evoluzioni criminologiche, problemi applicativi e istanze di riforma*, editado por L. Giordano y R. Piccirillo, Aracne, Roma, 2012; y por último el EU Anti-Corruption report 2014 –Relazione dell’Unione sulla lotta alla corruzione– Allegato sull’Italia, consultable en la página: [http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report/docs/2014\\_acr\\_italy\\_chapter\\_it.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report/docs/2014_acr_italy_chapter_it.pdf).

<sup>79</sup> De hecho, en términos de los documentos formales, la Unión Europea habría podido tener, sin duda, mayor incidencia en el caso de Berlusconi. Entre los pocos actos que han tenido lugar durante las legislaturas XII, XIV y XVI se encuentra la Recomendación CM / Rec (2010) 12 del Consejo de Ministros sobre los jueces: independencia, eficacia y responsabilidad (adoptada por el Consejo de Ministros el 17 de noviembre de 2010) que, sin embargo, no se dirige directamente a Italia, sino a todos los estados miembros. El capítulo II (“Independencia externa”) núm. 18, prescribe: “Si comentan sobre las decisiones de los jueces, el ejecutivo y el legislativo deben evitar cualquier crítica que pudiera comprometer la independencia del poder judicial y socavar la confianza pública en el mismo. También deben abstenerse de cualquier acción que pueda poner en duda su voluntad de respetar las decisiones de los jueces, diferentes de expresar su intención de interponer recurso de casación”. El texto completo de la Recomendación está disponible en la web oficial del Consejo de Europa, en: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1707829&Site=CM>.